DNCP/DJ N° 4092/17

Asunción, 21 de abril de 2017.-

INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DEL MEMORÁNDUM DNC N°83/2017 REMITIDO POR LA DIRECCIÓN DE NORMAS Y CONTROL A LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE ESTA DIRECCIÓN NACIONAL, REFERENTE A LA CONTRATACIÓN POR VÍA DE LA EXCEPCIÓN PARA LA ADQUISICION DE SERVICIOS DE RECOLECCION DE RESIDUOS, CONVOCADO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-COMANDO DE LA FUERZA AEREA UOC N° 4 (ID N° 319.670).----------

El Memorándum DNC N° 83/17 de fecha 31 de marzo del 2017, dio inicio a la presente investigación preliminar , el cual refiere supuestas irregularidades en el marco del llamado a CONTRATACIÓN POR VÍA DE LA EXCEPCIÓN PARA LA ADQUISICION DE SERVICIOS DE RECOLECCION DE RESIDUOS, CONVOCADO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-COMANDO DE LA FUERZA AEREA UOC N° 4 (ID N° 319.670), por medio del cual la Dirección de Normas y Control de esta Dirección Nacional informa que en el marco del llamado mas arriba mencionado, se publico la nota de observación DNCP/DNC N°6106/2017 de fecha 24 de marzo del corriente, y que habiendo transcurrido el palzo de 5 dias hábiles no se ha realizado reparo alguno sobre la observación realizada.----------

Que, esta Dirección Jurídica por medio de Nota DNCP/DJ Nº 3675/17 de fecha 06 de abril 2017, con acuse de recibo de fecha 10 de abril de 2017 –ha solicitado a la Convocante– informe acerca de lo referido y remitan toda la documentación que consideren pertinente.----------

Que, por medio de Nota DNCP/DJ N° 3676/17 de fecha 6 de abril de 2017 se ha notificado a la firma adjudicada CONSORCIO ASEO AMBIENTAL con acuse de recibo de fecha 10 de abril de 2017.----------

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Que, en fecha 18 de Abril de 2017 la Convocante, remite su descargo por medio de Nota ingresada como Expediente DNCP N° 3787 a través del cual expresa por medio de su representante, entre otras cosas: *"Por una omision involuntaria por parte de la unidad de contratación, no se ha remitido el reparo correspondiente a la nota DNCP/DNC N° 6106/2017, sin embargo, es importante mencionar que el comité de evaluación ha realizado el análisis del Art. 40 inc a y b en relación de todos los miembros del consorcio (sobre ambas sociedades), asi como los representantes y firmante de la oferta respectiva; la firma adjudicada consorcio aseo ambiental, se encuentra constituida por las firmas Nuevo Horizonte S.A y Empresa de Aseo Ambiental S.A, el comite de evaluación ha realizado el correspondiente análisis sobre las prohibiciones establecidas en el Art. 40 inc. A y b de la ley 2051/03, al representante, firmante de la oferta, asi como a los miembros de las sociedades mencionadas, teniendo a la vista las escrituras de constitución del consorcio asi como la constitución de las firmas integrantes, sin encontrar impedimentos sobre la capacidad legal del oferente".(Sic).*----------

Que, en fecha 18 de Abril de 2017 por medio de Nota ingresada por Mesa de Entrada como expediente N° 3774 la firma adjudicada detalla entre otras cosas cuanto sigue: "*Que el consorcio o unión temporal fue materializada por las firmas Nuevo Horizonte Ambiental S. A identificada con Ruc 80064024 y empresa de Aseo Ambiental S.A (EMAASA) identificada con Ruc 80020630-4, conforme la documentación que acompañamos a la presente, y que en oportunidad formaba parte de la documentación presentada para el llamado a contratación directa por la via de la excepcion para la adquisición de servicios de recolección de residuos, convocado por el ministerio de defensa nacional comando de la fuerza aérea. Que el consorcio recién a la presentación de la nota DNCP/DJ N° 3676/17, tuvo conocimiento de la presente iinvestigacion preliminar y de la existencia de la nota de observación DNCP/DNC N°6106/17. Que nuestra firma tiene actualmente se encuentra actualmente ejecutando objeto del llamado conforme a las especificaciones técnicas de la contratante, habiedno sido comunicada la adjudicación por nota de UOC N°4 de fecha 10/02/2017 y la posterior suscripción del contrato N° 17* en fecha 28 de febrero del 2017. *Que la adjudicada acompaña el escrito de descargo copia simple de la constitucion y sus respectivas modificaciones de estatutos sociales de las*

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

firmas asociadas, asi como también la transcripción del acta de constitución de consorcio al que hacemos al que hace referencia e igualmente la constancia de no ser Funcionari/a Publico/a (SFP) de los principales representantes.(Sic).----------

Que por nota DNCP/DJ N°3991/17 de fecha 19 de abril del 2017 con acuse de recibo de fecha 19 de abril del corriente, este Juzgado de Instrucción como medida de mejor proveer, intima a la Convocante **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-COMANDO DE LA FUERZA AEREA UOC N° 4** que en el plazo de 1 (UN) día hábil remita el análisis de criterio de evaluación referente al art. 40 inc a y b con relación a la accionista CELINA CAÑETE OJEDA de la empresa NUEVO HORIZONTE S.A.----------

Que, esta Dirección Jurídica luego del estudio, realiza el presente Dictamen Conclusivo en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación: ----------

Que, la supuesta irregularidad mencionada en el memorándum remitido por la Dirección de Normas y Control de esta Dirección Nacional, consiste en que en el informe complemantario al informe de evaluación no se realiza el análisis a todos los miembros y propietarios de la firma adjudicada referente al art.40 de la ley 2051/03, puesto que solo se menciona a los representantes de la adjudicada.----------

Al respecto, la Convocante en su escrito de descargo refirió que *"Por una omision involuntaria por parte de la unidad de contratación, no se ha remitido el reparo correspondiente a la nota DNCP/DNC N° 6106/2017,* menciona además que *"el Comité de Evaluación ha realizado el análisis del Art. 40 inc a y b en relación de todos los miembros del consorcio (sobre ambas sociedades), asi como los representantes y firmante de la oferta respectiva".*----------

Por su parte, la firma adjudicada acompaña el escrito de descargo con una copia simple de la constitucion y sus respectivas modificaciones de estatutos sociales de las firmas asociadas, asi como también la transcripción del acta de constitución de consorcio

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Juan A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

e igualmente la constancia de no ser Funcionari/a Publico/a (SFP) de los principales representantes.----------

Que, habiendo analizado las documentales obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas, se observa que consta un informe complementario del comité de evaluación de fecha 21 de marzo del 2017 en la que se verifica que la convocante no ha realizado el análisis correspondiente al art. 40 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas a todos lo miembros y propiertarios de la adjudicada sino solo a los representantes de la misma. ----------

Cabe destacar lo estipulado en el artículo 40 de la Ley 2051/03, que reza: "***PROHIBICIONES Y LIMITACIONES PARA PRESENTAR PROPUESTAS O PARA CONTRATAR:*** *No podrán presentar propuestas en los procedimientos de contratación previstos en esta ley, ni contratar con los organismos, entidades y municipalidades:* ***a)*** *los funcionarios o empleados públicos que intervengan en cualquier etapa del procedimiento de contratación, y que tengan interés personal, familiar o de negocios con el proveedor o contratista, incluyendo aquellas personas con las que pueda resultar algún beneficio para ellos, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios, accionistas o sociedades de las que el funcionario o empleado público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte en los últimos seis meses;* ***b)*** *quienes conforme a la Ley de la Función Pública se encuentren imposibilitados el cual es emitido por la Secretaria de la Función Publica".*----------

En ese sentido, es importante resaltar que la finalidad de las prohibiciones y limitaciones es el cumplimiento de los principios de moralidad, imparcialidad, igualdad y libre competencia. Se trata de evitar, fundamentalmente, que determinados proveedores, ya sea por razón de su cargo , por su injerencia directa en la toma de decisiones o por el acceso previo a información relacionada con un proceso de contratación, tengan una posición privilegiada respecto de los demás potenciales proveedores o que participen aquéllos que tienen suspendido su derecho. De esta manera, se previene la generación de

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

conflictos de interés, se promueve la transparencia en los procesos de licitación que convocan las Entidades Públicas y la más amplia concurrencia de proveedores.----------

Es importante mencionar que si bien el análisis no consta en el informe de evaluación; no obstante, la Convocante ha sabido sostener la regularidad de la adjudicación conjuntamente con el escrito de descargo presentado en el marco de la presente investigación y en tal sentido, ha remitido a este Juzgado de Instrucción el informe que le fuere solicitado con relacion al análisis de capacidad legal de todos los miembros y propietarios del consorcio ASEO AMBIENTAL S.A.----------

Así las cosas, a modo de dar mayor claridad a la cuestión observada por la DNC, a continuación se citan los nombres de los miembros y propietarios de la firma adjudicada cuyos datos en el SINARH indican que no son funcionarios públicos, ya sea en carácter permanente o como contratado: LORENZO ALFONSO CANDIA, WILFRIDO RAMIREZ GAUTO, ADELAIDA CAÑETE OJEDA, GLEDIA PRESENTACION BARBOZA FERREIRA, NELSON GERARDO ORTIZ REVOREDO, HANS HERMAN STASSEK CAÑETE, CELINA CAÑETE OJEDA.----------

Asimismo, cabe destacar lo estipulado en el artículo 27 de la Ley 2051/03, que reza: *"Las Convocantes constituirán un Comité de Evaluación para la calificación de las propuestas de los oferentes, conformado por los funcionarios que se requieran y con la asistencia técnica profesional externa que se llegare a estimar conveniente. El Comité de Evaluación,* ***bajo su responsabilidad y con absoluta independencia de criterio,*** *evaluará las ofertas y emitirá un dictamen que servirá como base para la adjudicación, dictamen en el que se hará constar una reseña cronológica de los actos de procedimiento, el análisis de las ofertas y las razones para admitirlas o desecharlas…".* [El resaltado es nuestro].----------

De lo expresado por la normativa se puede concluir que en la medida que la Entidad Convocante en ejercicio de sus facultades conferidas por la Ley de Contrataciones y bajo su responsabilidad y con independencia de criterio, ha adjudicado a la firma ASEO

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

AMBIENTAL S.A., esta Dirección Jurídica, no encuentra suficiente fundamento como para desacreditar la oferta propuesta por la ésta y en consecuencia, consideramos –*salvo prueba en contrario*- acorde a derecho la decisión adoptada por la Entidad Convocante en cuanto a la adjudicación llevada a cabo en el marco del presente llamado.----------

Se considera que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del procedimiento licitatorio, sobre todo atendiendo al Principio de Finalidad (instrumentalidad de las formas) con arreglo al cual es más importante que la finalidad del acto se cumpla a que sólo se produzca un agravio a la forma.----------

Si la finalidad del acto se concreta, no hay nulidad. Y contrariamente, sólo cuando la ineficacia sea resultado de un vicio es posible hablar de nulidad. Por tanto en materia de nulidad de actos administrativos, esta no debe ser usada en forma indiscriminada, sino que supone condiciones y supuestos excepcionales y su aplicación debe estar sujeta al cumplimiento de los principios que la regulan.----------

Es que todo acto administrativo individual lleva consigo la **presunción de regularidad**, esto es —según SALVADOR VILLAGRA MAFFIODO— *la presunción de que el mismo verifica las condiciones de legalidad, autorización y competencia, forma y condición de hecho o motivación del acto, que hacen que el acto deba ser cumplido mientras no sea declarada su nulidad. Si bien tal presunción no está establecida expresamente en el ordenamiento positivo, la cuestión deriva de una razón práctica, que no es otra sino la de no enervar el cumplimiento de las resoluciones administrativas con la resistencia de los obligados fundada en la afirmación de que el acto es nulo. La adjudicación, acto administrativo trascendental en la actividad de la contratación pública, por supuesto también está sujeto a la presunción de regularidad o legitimidad vigente.*--------

Finalmente, se trae a colación el art. 13 del Decreto N°7434/11, que dicta: "*Las investigaciones preliminares o de oficio podrán iniciarse siempre y cuando por cualquier medio fehaciente, la DNCP tenga conocimiento de la existencia de actos que podrían ser contrarios a la normativa legal vigente en materia de contrataciones públicas. Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, **sea constatada la***

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

existencia de méritos o elementos suficientes *que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al Estado; y, cuando la vía pertinente no sea la Protesta…". [El resaltado es nuestro].*----------

Por último, se recuerda de igual manera que todo oferente agraviado por el acto administrativo de adjudicación o considere lesionado sus derechos como oferentes dentro de un procedimiento licitatorio tiene a su disposición el mecanismo legal pertinente, cual es la PROTESTA, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas y no habiendo, registro alguno de procedimiento contra las adjudicaciones llevadas a cabo en el marco del presente proceso licitatorio -*siendo un mecanismo legal a instancia de parte*-, se constata que no habría indicios ciertos de irregularidad en el caso en concreto.----------

En base a todo lo expuesto, esta Dirección Jurídica considera que no existen elementos suficientes que permitan desvirtuar lo actuado por la Convocante —la adjudicación realizada a favor de la firma ASEO AMBIENTAL S.A. en el procedimiento de ***"CONTRATACIÓN POR VÍA DE LA EXCEPCIÓN PARA LA ADQUISICION DE SERVICIOS DE RECOLECCION DE RESIDUOS, CONVOCADO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-COMANDO DE LA FUERZA AEREA UOC N° 4 (ID N° 319.670)"***-; y consecuentemente corresponde dar por concluida la presente investigación, específicamente sobre el punto observado por la Dirección de Normas y Control de la DNCP, *con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.*----------

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. MARTHA BEATRIZ VERON
Dirección Jurídica – DNCP

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico - DNCP